

**PROCESSO** - A. I. Nº 203459.0107/12-2  
**RECORRENTE** - WZY COMÉRCIO DE UTILIDADES PARA O LAR LTDA. (PORTINOX AMBIENTES)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0298-04/13  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 28/04/2014

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0095-11/14

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Restou comprovado que a empresa lançou crédito fiscal por antecipação tributária, porém não se constatou o devido recolhimento do imposto à Fazenda Pública do Estado. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. APURAÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. A presunção de omissão de saídas de mercadorias foi constatada com base em omissão de entradas. A lei autoriza a presunção de que o pagamento dessas entradas foi feito com recursos decorrentes de operações (vendas, saídas de mercadorias) anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Consta dos auto Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou pela Procedência o lançamento de ofício lavrado em 28/12/2012, para exigir ICMS no valor de R\$18.985,95, constando, ainda, demonstrativos de fls. 5 a 44, a instruir as seguintes infrações:

*INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente como crédito fiscal o valor referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária. Lançado ICMS no valor de 14.348,57, mais multa de 60%.*

*INFRAÇÃO 02 – Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Lançado ICMS no valor de R\$ 4.637,38, mais multa de 70%.*

A Primeira Instância do CONSEF dirimiu a lide proferindo julgado lastreado nestes termos:

*O defendente, por meio do seu representante legal constituído, pede que seja determinada a realização de perícia por Fiscal estranho ao feito, a fim de que seja verificada a veracidade dos argumentos ora trazidos aos autos, em especial quanto à afirmação de que a autoridade fiscal baseou em meras presunções para apontar o crédito tributário por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao supostamente fornecido pela instituição financeira. Com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo descabida o atendimento da solicitação de diligência demandada pelo sujeito passivo, por trazer argumento que não diz respeito ao objeto da autuação, sendo impraticável sua averiguação.*

*Em que pese à negativa ao atendimento do pleito do sujeito passivo de realização de diligência, tendo em vista a melhor formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, bem assim em respeito aos princípios da legalidade objetiva, verdade material e ampla defesa, intrínsecos ao processo administrativo fiscal, o presente PAF foi convertido em diligência nos dias 21/05/2013 (fl. 74/75) e 25/07/2013 (fls. 84/85) para serem adotadas algumas providências pelo aututante, que depois de atendidas fosse retornado para julgamento. É o que se sucedeu.*

*Trata-se o presente o presente PAF de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir ICMS no montante de*

*R\$18.985,95, relativo a duas irregularidades, tendo o autuado impugnado as duas infrações de forma total. A infração 01 diz respeito à glosa de crédito lançado no LRAICMS relacionado a pagamento de ICMS por antecipação tributária, em que o sujeito passivo não comprova o pagamento. Por sua vez, a Infração 02, conforme descrito na inicial dos autos, diz respeito falta de recolhimento do ICMS, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas realizadas anteriormente sem declarar, tudo isso apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado na forma dos demonstrativos acostados às fls. 6/44 dos autos.*

*Sobre a infração 01, que se relaciona à glosa de crédito lançado no LRAICMS relacionado a pagamento de ICMS por antecipação tributária, em que não comprova o seu pagamento, o autuante acosta aos autos cópias das páginas do LRAICMS onde indica os valores dos créditos lançados indevidamente (fls. 90, 82 e 94). Também apresenta um extrato de relação de DAE's pagos (fl. 98) pelo autuado em todo o ano de 2008, onde não se vê recolhimentos com "Código de Receita - 2.175 ICMS Antecipação Parcial" em volume e data de pagamento que indique relacionar-se a tais valores lançados. Ademais, foi dada ciência ao sujeito passivo pelas intimações na forma acostadas às fls. 100/101, o sujeito passivo mostrou-se silente.*

*Assim, comprovado de fato que a empresa lançou crédito fiscal por antecipação tributária no livro registro de apuração ICMS, e que não se constatou o recolhimento do referido imposto à Fazenda Pública do Estado, resta caracterizada a infração 01.*

*Quanto à infração 02, que se relaciona a levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, desde a inicial da autuação, o autuante disponibilizou ao sujeito passivo, as relações das mercadorias que apontam as omissões de entradas ocorridas, objeto da autuação, tanto no exercício de 2008 (fls. 26/28), quanto no exercício de 2009 (fls. 6/8). Quando o contribuinte omite entradas, a lei autoriza a presunção de que o pagamento dessas entradas foi feito com recursos decorrentes de operações de vendas ou saídas de mercadorias anteriormente realizadas e também não contabilizadas.*

*Neste aspecto, desde sua defesa (fls. 49/59), até nas duas oportunidades em que teve a oportunidade de manifestar sobre a presunção de omissão de saídas caracterizada na autuação por conta dos dois pedidos de diligência solicitados por esta 4ª JF na forma acostada aos autos às fls. 74/75 e 84/85, porém o sujeito passivo mostrou-se silente. Infração 02 caracterizada.*

*Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo defendente, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.*

*Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

O sujeito passivo, inconformado, recorreu do julgado às fls. 121/128, aduzindo, de início, uma breve síntese da acusação fiscal para, em seguida, arguir baseando-se em posição de doutrinadores e da jurisprudência para demonstrar que as penalidades impostas de 60% e 70% são inconstitucionais por se constituírem em confisco, mal ferindo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Prosseguiu adentrando no mérito para ratificar os fundamentos expostos em sua impugnação.

Assim, quanto à infração 1, alegou que todos os base na legislação tributária, qual seja o RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

E quanto à infração 2, mencionou que a suposta falta de recolhimento do ICMS lastreou-se tão somente em mera presunção pelo autuante sem corresponder à realidade fático-jurídica.

Salientou que, com alguma frequência, alguns desses créditos fiscais registrados pelos contribuintes em seus livros ou guiais, são, por um motivo ou por outro, considerados inaproveitáveis e indevidos conforme entendimento do Fisco que lavra as autuações impondo multa elevada, desconsiderando que o contribuinte não utiliza efetivamente o valor do crédito fiscal tido como indevido.

Disse ainda que, mesmo se a empresa não abater o valor no tributo a ser recolhido no período, e lançar apenas o crédito em seu livro ou em sua guia de informação, seja para transferi-lo para outro estabelecimento, seja para o abatimento em período futuro, sem qualquer outra intenção, a conclusão é de que houve apenas descumprimento de obrigação acessória e não da principal.

Acrescentou que a lei deve ser interpretada de forma a não causar desnecessário agravo ao

contribuinte e que a legislação tributária determina ao ser lavrado o AI, que deve ser perquirida a verdade material através do cotejo dos documentos do estabelecimento a ser autuado, para se alcançar uma conclusão concreta, o que considera não ter ocorrido no caso em análise.

Nessa esteira, destacou que à luz do Direito Tributário, as presunções só devem ser aplicadas quando não houver outra forma de apuração do imposto supostamente devido, as quais disse estarem no campo da possibilidade e não da certeza.

Alegou que o autuante se valeu de mera presunção para quantificar o crédito tributário por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao supostamente fornecido pela instituição financeira.

Por fim, requereu o provimento do seu apelo.

A PGE/PROFIS não foi instado para proferir parecer.

## VOTO

Como dos autos se extrai com segurança, e examinado o teor do Recurso Voluntário, confrontando os argumentos presentes na informação fiscal, constato que a ação fiscal foi levada a efeito em 28/12/2012 para exigir ICMS no valor de R\$ 18.985,95, relativamente aos exercícios de exercícios de 2008 e 2009, sob a acusação fiscal de falta de recolhimento de ICMS apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado, e utilização indevida de créditos fiscais relativos à antecipação tributária sem o recolhimento correspondente.

Para elucidação da verdade material, os julgadores de primeiro grau converteram o PAF em diligência, em duas oportunidades, objetivando o seguinte:

No que toca à infração 1 (fl. 85) que fosse designado fiscal estranho ao feito e, mais especificamente, que fosse juntado o demonstrativo que indicasse a ocorrência da infração imputada com as provas materiais, a exemplo de cópia do livro Registro de Apuração do ICMS que constasse a utilização do crédito fiscal (ICMS-ST), bem como a comprovação de falta de pagamento como consta do demonstrativos de 05 da acusação fiscal.

Infiro, nesse contexto probatório, que o diligente aclarou que foi apurada a falta de pagamento e a utilização do indevida credito, e que embora intimado, o autuado não apresentou os DAE's a eles relativos.

como créditos fiscais com o respectivo período, não tendo, por outro lado, como visto, sido produzida prova pelo sujeito passivo de suas alegações, ou seja, de que houve o pagamento do imposto por antecipação, já que não acostou o DAE que elidiria a imputação.

Noto que a defesa tem cunho genérico, desprovida de prova bastante, pelo que confirmo a decisão de base, e assim posiciono-me por ainda verificar que, quando da segunda diligência foi esclarecido no despacho oriundo da INFAZ Varejo de fl. 87 ( fls. 90/97), que no PAF consta a cópia do livro de apuração contendo os lançamentos efetuados, bem a relação dos DAE's pagos pelo contribuinte no exercício de 2008 (fl. 98), extraído do sistema da SEFAZ, de cuja análise resultou na conclusão de que não houve os pagamentos exigidos, do que foi intimado regularmente o sujeito passivo ( fls. 100/101), que silenciou, aquiescendo tacitamente.

No que tange à infração 2, observo da diligência, o seguinte trecho, que passo a destacar:

*“Já com a relação à segunda solicitação, primeiro devem ser feitos alguns reparos.*

*Primeiro consta dos autos o extrato resumo de todas as infrações apuradas para o exercício de 2009, ver folhas de 06 a 08 do PAF, segundo o que consta às fl. 44, não é resumo das infrações relativas a 2008, isto esta nas folhas 26 a 28 do mesmo PAF. O que há na folha 44 é o demonstrativo das omissões do levantamento quantitativo somente das entradas das mercadorias do exercício de 2008, esse mesmo demonstrativo, relativo a 2009, consta às folhas 24 do PAF.*

*Como se vê, não há a omissão apontada”*

Do exame dos autos, certo é que o recorrente não apresentou fatos concretos para sedimentar a sua insurgência. As peças processuais que instruem os autos levam-se ao entendimento que o direito de defesa foi respeitado, e que os trabalhos de fiscalização foram executados sem vício formal e nem substancial.

Concluo, por derradeiro, não merecer guarida os argumentos recursais. Mantenho na íntegra a Decisão recorrida.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **203459.0107/12-2**, lavrado contra **WZY COMÉRCIO DE UTILIDADES PARA O LAR LTDA. (PORTINOX AMBIENTES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$18.985,95**, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.348,58 e 70% sobre R\$4.637,38, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS